

外国法制史研究

(第19卷·2016年)

民法典编纂的域外资源

何勤华 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

上海市人文社科研究基地华东政法大学外国法与比较法研究院建设项目 (基地编号: SJ0709)

国家重点学科华东政法大学法律史学科建设项目 (学科代码: 030102)

外国法制史研究

(第19卷·2016年)

民法典编纂的域外资源

何勤华 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

外国法制史研究. 第19卷, 2016年: 民法典编纂的
域外资源 / 何勤华主编. —北京: 法律出版社, 2017
ISBN 978-7-5197-1288-4

I. ①外… II. ①何… III. ①法制史—国外—文集②
民法—世界—文集 IV. ①D909.9-53②D913.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 210500 号

外国法制史研究(第19卷·2016年)

民法典编纂的域外资源

WAIGUO FAZHISHI YANJIU(DI-19 JUAN · 2016 NIAN)

MINFADIAN BIANZUAN DE YUWAI ZIYUAN

何勤华 主编

责任编辑 韩向臣

装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任校对 杨锦华

责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社

开本 A5

印张 18

字数 496 千

版本 2017年9月第1版

印次 2017年9月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5197-1288-4

定价: 78.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

序

民法总则以及民法典的其他部分正在紧锣密鼓地制定之中。^①为了能够制定出一部优秀的既富有时代特色又紧密联系中国实际的民法总则和民法典,我们不仅需要从中国传统法律文化,从中国古代的律疏(法典解释)、判例(司法实务)和习惯(民间经验)等层面汲取丰富的营养,也需要吸收借鉴国外尤其是德国、法国、日本和英美等的民事立法经验、民事判例成果和民法学术智慧。基于这一考虑,全国外国法制史研究会第29届年会,将会议的主题确定为“民法典编纂的域外资源”。

2016年9月17日,会议如期在大庆师范学院召开,来自全国50余所高校、科学研究所的130多位代表出席了会议,收到论文50余篇。代表们围绕“民法典编纂:世界与中国”“民法典与历史”“民法典与政治”“民法典与科学”“法系融合语境中的民法典”“民法典编纂在中国”等专题进行了充分而认真的讨论,提出了许多真知灼见。会场气氛之热烈,将大庆师范学院最大的报告厅带入了群贤毕至、人声鼎沸、座无虚席的境界。发言讨论现场彼此欣赏者有之,唇枪舌剑者有之,反复诘问者有之。让全体与会者享受了一场学术的盛宴。本书就是这次学术盛宴的成果汇集和文字表述。在这次年会上,丁启明、徐国栋、王立民、方立新、董茂云、张生、徐爱国、李秀清、何勤华等做了民法典编纂的域外经验以及“法意人生”的精彩讲座,

^① 本次年会召开之际民法总则尚在草案阶段。

《中国法学》编辑李游、《中外法学》编辑徐爱国、《法律科学》编辑何柏生三位教授还与全体会议代表一起分享了如何写作高质量的法学学术论文的心得与体会。

民法典是国家的基本法,与宪法一起,引领、保护、推动着公民之私权利和公权利的发展、丰富与完善。这么重要的法典,必须集中全体公民尤其是法学界精英的智慧,在长期的、持续不断的民事立法、民事司法和民法研究的智识积累的基础上,才能编纂成功。本次年会,只能是这么一个智识积累持续进程中的一个小小的环节。在民法典编纂的事业中,本研究会还会以各种方式,贡献我们的智慧和力量。

本次年会能够获得成功,离不开大庆师范学院以及法学院的鼎力支持,尤其是丁启明院长为年会的顺利召开付出了极大的心血。在本书出版之际,我们要向丁院长表示诚挚的谢意。本次会议能够获得成功和论文的编辑出版,也离不开研究会秘书处陈颐、冷霞、孙晓鸣以及华东政法大学法律史专业李秀清教授、苏彦新教授、于明副教授、胡骏副研究员、王海军副研究员、王婧助理研究员、李倩助理研究员和华东政法大学法律史专业博士生齐凯悦、王静,硕士生尤娇娇、龙嫚雨、毛皓强、韩龙河、文博、毛兴满的辛苦努力。对此,也表示我们一片热诚的感谢。

何勤华

于华东政法大学

法律史研究中心

2016年12月30日

目 录

序 /1

主题:民法典编纂的域外资源

王志华/论民法典的革命性——制定中国民法典的时代意义 /3

余 辉/民法典:制定或编撰(纂) /30

汪全胜/论我国民法典的立法路径选择 /47

敖海静/民法史上的“身份”:概念、分类及功能流变 /64

张锐智/罗马法学家对“民法”贡献探析 /86

王世柱/试析“iniuria”含义在罗马法中的演变 /95

赵 毅/从罗马法看民法典“错误”“误解”与“不知”用词 /109

赵博阳/教会法汇编方法变迁研究 /125

苏彦新/论格劳秀斯的不当得利学说 /139

林涸民/不该被忽视的《普鲁士普通邦法》——兼评我国民法典的制定 /154

冀明武/法制的理想与妥协:1804年《法国民法典》的历史启示 /191

毛皓强/试论法典编纂进路中的“进步—扩张”倾向——以“拿破仑法典”和拿破仑战争为例 /201

王银宏/在罗马法与自然法之间——作为政治性立法的1811年《奥地利普通民法典》 /223

刘艺工/加拿大《魁北克民法典》的变迁及启示 /247

孙 康/历史法学与进化论思潮之协奏——以穗积陈重的民法典制定为视点 /258

魏磊杰/新千年前后民法典重构的基本特点与最新趋势 /277

杨铁军/论英美法系民事立法体系化观念及对当代中国民事立法的影响 /354

邹琳/中国民法典编纂背景下大陆法系国家知识产权法定位之考察与借鉴 /369

陈晓聪/民法典编纂中的“捐助法人”资格问题初探——以宗教财产为切入点 /380

论 文

王立民/略论古代东方刑法的三个问题 /403

向东/共和罗马与人民民主专政 /418

高童非/近代早期英格兰巫术迫害的轻缓化——基于司法体制视角的解释 /437

宫雪/英国民事执行制度的习惯法渊源 /467

姜威/美国司法审查制度的奠基——重新发现詹姆斯·威尔逊 /483

高媛 江小夏/洛伦茨·冯·施泰因的社会理论及其影响 /505

姚秀兰 谢惠英/论我国参与式流动摊贩管理机制的建构 /521

研究会纪事

全国外国法制史研究会第二十九届年会议程(大庆·2016) /543

全国外国法制史研究会第二十七届年会出席代表名录 /548

全国外国法制史研究会第二十七届年会提交论文目录 /552

全国外国法制史研究会2015年度优秀论文获奖名单 /555

齐凯悦/全国外国法制史研究会第二十九届年会综述 /556

主题：民法典编纂的域外资源

论民法典的革命性

——制定中国民法典的时代意义

王志华*

〔摘要〕1804年《法国民法典》或《拿破仑法典》是法国大革命的产物。而在其之后的《德国民法典》《日本民法典》《苏俄民法典》等重要国家的民法典,其制定颁行无不与该国政治革命、社会革命和经济制度的根本性变革紧密相关,即将政治革命或社会变革的成果以民法典的形式确定下来。20世纪末掀起的新一轮民法典编纂浪潮,仍然以一系列计划经济国家抛弃原政治经济体制而转向市场经济制度为前提条件。与古代罗马以民法为基本法不同,中国传统社会以刑律为社会基本法,凡涉及民事纠纷均以刑事处罚予以解决,清末编纂民法典(私法)本身即带有革除几千年旧制度之革命性。当今中国施行改革开放政策已有30余年,但作为一个转型国家,仍然处于向市场经济的过渡时期,市场经济体制并没有真正建立,私权利的基础并不牢固。在以公有经济为主体、“社会主义国家财产神圣不可侵犯”而私权利未能得到高扬的历史条件下,响应顶层设计制定的中国民法典必然与其所应具有的内涵大异其趣,其所体现的“中国特色”也必将削减其革命性意义和时代价值。如此一来,当下中国民法典的有与无还那么重要吗?

〔关键词〕民法典 革命性 核心价值 时代意义

近代以来,以1804年《法国民法典》或《拿破仑法典》为开端,各重要国家民法典的编纂均以政治革命或社会变革为前提。之后历史上的几次民法典编纂浪潮亦无不如此。可以说,没有政治革命或社会变革就不会有民法典的制定和施行。民法典的编纂是革命的结果,民法典

* 王志华,法学博士,中国政法大学比较法学研究院教授。基金项目:国家社科基金“俄罗斯社会转型期民法法典化研究”(项目编号:14BFX159)。本文原载《中国政法大学学报》2016年第5期。

也因此具有了革命性,虽然革命并非因民法典的编纂和施行而得以发生。

中国实行改革开放政策已有30余年之久,但作为一个转型国家,仍然处于向市场经济的过渡阶段,虽然看上去是那样的接近,可真正的市场经济体制并未建立。在这种社会条件下,当前编纂21世纪的中国民法典将确定怎样的社会变革结果?民法典的革命性或时代价值如何?中国立法者和法学家投入极大热情的这项“世纪工程”究竟会成就一部怎样的民法典?或者如人所问:“民法典这次准备好了吗?”^①

所有这些问题都值得我们深入探讨。

一、资产阶级革命与民法典编纂

近代以降,以“改造世界”为理想目标的革命是欧洲的传统,^②而法国大革命最为典型。法国大革命的一个最重要成果是产生了一部著名的法典——《法国民法典》或称《拿破仑法典》。法典将革命成果以法典的形式固定下来,对欧洲乃至整个世界都产生了深远的影响。

德国在20世纪初颁布施行了自己的民法典。虽然与法国不同,德国并未发生如法国那样的革命,但在整个19世纪国家统一进程中,在思想革命和社会运动的引领下德国社会发生了巨大的变化,政治与经济相脱离,社会结构初步完成了向现代的转型。因此,其所颁布施行的民法典不仅仅只有编纂技术上的优势,在精神上仍然具有一定的时代价值和革命意义。

俄罗斯介于“东西方”之间,传统上属于欧洲国家,但作为西方国家并不典型。近代以来,受西方影响,包括法律思想在内的社会革命思潮随欧洲各国起伏。但多数时候刚好与西欧各国的运动方向相反,往往扮演扼杀欧洲革命运动的“反革命”角色。直至20世纪初,尤其是1917

① 柳经纬:《中国民法典编纂若干问题探讨》,载《中国高校社会科学》2015年第2期。

② 参见[美]哈罗德·J. 伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译,中国大百科全书出版社1993年版,第14页。

年布尔什维克领导的十月革命,将法国大革命开启的革命又向前推进一步,即从资产阶级革命转向了社会主义革命,从而开创了人类历史的“新纪元”,并制定了独具特色的社会主义类型的民法典。但是,令人始料不及的是,正当以苏联为首的社会主义阵营建设共产主义事业如火如荼之时,20世纪90年代初苏联轰然崩塌,又转向资本主义,并制定了具有现代资本主义性质的民法典。这样一个历史轮回意味着什么?其民法典的革命性又体现在何处?

(一) 法国大革命与《法国民法典》

1789年爆发的法国大革命不仅摧毁了波旁王朝的封建专制统治,而且以空前的速度和态势彻底改变了传统的社会秩序,尝试建立一种如同狄德罗、伏尔泰、卢梭所描绘的启蒙主义社会图景:“在那里,人是一种理性的、可以自己负责的创造物,自出生之日便获得了关于良心、宗教信仰和经济活动的自由的不可割让的权利。人们无须再与旧制度的那个中间身份集团打交道,而只和国家本身发生联系。这个国家有义务通过它的立法把公民从封建的、教会的、家庭的、行会的以及身份集团的传统权威中解放出来,并赋予全体公民以平等的权利。”^①

统一私法并将革命所倡导的民事权利和公平正义原则用法典形式固定下来是法国大革命的根本目标之一。《法国民法典》的编纂产生于革命运动的热情,其制定本身就是大革命的结果,是市民阶层通过革命的颠覆清除了旧王朝过时的各种社会制度,从而在市民的法律权利平等原则基础上建立了国家,并基于此特定情况最终完成一部法典的编纂,它反映了自由与平等的革命需求。^②

作为大革命的成果之一,《法国民法典》在内容和形式上必然具有相当强的革命性。后世法学家普遍认为,这部法典确立了近代民法的自由与平等、所有权无限和契约自由等基本原则,从而开创了自由资本

① [德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,贵州人民出版社1992年版,第153页。

② 参见[德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版,第133~134页。

主义民法的“新纪元”。

关于自由与平等原则,法典第8条规定:“所有法国人都享有民事权利。”这一条文虽然简单,在今天看来并没有过人之处,然而,相对于封建时代民事权利取决于人的身份这一点而言,这一规定无疑是具有革命性的。法典第7条规定:“民事权利的行使不以按照宪法取得并保持的公民资格为条件。”换句话说,民事权利的行使完全独立于政治权利,这同样体现了立法者对于民事权利平等的追求。第488条规定:“满21岁为成年;到达此年龄后,除结婚章规定的例外外,有能力为一切民事生活上的行为。”这说明,除个别例外,每个成年人都能够以自己的行为来实现自己的民事权利,其意志是自由的。

关于所有权无限制原则,法典最典型的表述是第544条:“所有权是对于物有绝对无限制地使用、收益及处分的权利。”这一所有权概念明显承袭了罗马法的相关制度,所不同的是它特别添加了“绝对”“无限制”等前缀,这些字眼强烈地表明了立法者对于资产阶级不受限制地自由使用、收益和处分所有物的基本愿望的肯定。虽然条文后半段还是添加了一个限制——“法令所禁止的不在此限”,但这种限制是非常有限的,必须以法令明确禁止为前提。也就是说,凡是法律未明确禁止的行为,所有权人皆可为之。第545条进一步强调:“任何人不得被强制出让其所有权;但因公用,且受公正并事前的补偿时,不在此限。”这一条文强调的是对私人所有权的保护,出让所有权必须基于所有人的同意,除非是出于公共利益,并且得到了公正和事前的补偿,任何人的财产都不得被强制征收。

关于契约自由原则,法典第1101条规定:“契约为一种合意,依此合意,一人或数人对于其他一人或者数人负担给付、作为或不作为的债务。”明确了当事人的合意为契约的基础,没有合意,就不会产生债的后果。法典第1109~1117条详细规定了“同意”的各种有效条件,凡由于错误、胁迫或者欺诈而形成的同意均不构成有效的同意,充分肯定了当事人的意思自治。而一旦当事人之间基于合意达成了一项契约,这项契约就必须得到彻底的履行,非经当事人的一致同意不得变更或者废

除。所以第 1134 条进一步规定:“依法成立的契约,在缔结契约的当事人间有相当于法律的效力。”这也可以说是宪法或国家理论上国家起源于“社会契约”理论在民法上的体现。^①

应该承认,上述原则并不完全是《法国民法典》的创造。在罗马法的相关制度中,在古典自然法的理论中,在启蒙思想家和 17、18 世纪法国私法学家的学说中,在大革命后颁布的一系列过渡性法律中,尤其是《人权宣言》中都可以找到类似的表述。然而,将它们用简洁明了的语言表述出来,系统地规定在一部民法典中,并在法典中贯彻这些思想,使之成为法典的基本原则和具体制度规则,这不能不说是《法国民法典》的重大创举。这些原则和规则彻底否认了以等级身份决定财产分配和相关权利的旧时代民事法律传统,将人从封建依附关系中解放出来,使人成为真正自由的人、平等的人、能够以自己的行为实现自己意志的人,确立了私法自治、意志自由的近代民法传统。

《法国民法典》在形式上也具有一定的革命性。如前所述,用法典化的形式来统一私法本身就是大革命的根本目标之一。鉴于封建时代的法律过多、过于复杂化、容易为专业人士所控制,法国的理性主义者设想,人类应该以理性为基础制定明确清晰、逻辑严密和体系完整的法典,每个公民通过法典就能预知自己和他人的行为会产生什么样的后果,从而做出正确的选择。^②立法者们吸取了革命前司法机关随意解释法律从而引发司法擅断和暴政的教训,坚决否定司法机关的立法权,要求法官严格按照法律的规定去审理案件,“法官的作用仅限于根据条文的内容,选择可适用的法典规定,并阐明其确切的含义”。^③为了使法官不至于借口法律不清晰或者不完善而不得不解释法律或者创制法律,就要求法典必须尽可能地明确、清晰和逻辑严密,并且用普通人都能理

① 参见周叶中主编:《宪法》(第 4 版),高等教育出版社 2016 年版,第 7~8 页。

② 封丽霞:《法典编纂论——一个比较法的视角》,清华大学出版社 2002 年版,第 214 页。

③ [美]梅利曼:《大陆法系——西欧拉丁美洲法律制度介绍》,顾培东等译,知识出版社 1984 年版,第 33 页。

解的语言来表述,用普通人都能理解的结构来编排。因此,立法者为《法国民法典》设计的结构并非完全以法学家对私法关系的理解来安排,而是以普通人在日常生活中所遇到的私法关系为视角进行编排。它没有总则,除了一个关于法律的颁布、效力和适用的序编(前6条)外,全部法典条文被划分为3卷,分别规定了“人”“财产以及所有权的各种变更”和“取得财产的各种方式”。

从法学的角度来看,这个结构当然不够严密,尤其是其第3卷几乎成了一个大杂烩,既有债、继承、夫妻财产制,又有担保物权、时效等规定,几乎所有无法归入前两卷的内容统统被纳入了第3卷。然而,这个结构无疑是贴近生活的,是方便普通人查阅和使用的。这也体现了启蒙思想家孟德斯鸠对立法的追求:“法律不要精微玄奥;它是为具有一般理解力的人们制定的。它不是一种逻辑学的艺术,而是像一个家庭父亲的简单平易的推理。”^①这当然也体现了第一执政拿破仑和第二执政冈巴塞莱斯的追求。拿破仑曾经设想它的民法典将像《圣经》一样摆在家家户户的餐桌上,而冈巴塞莱斯则希望民法典是“一座结构简单的大厦,它的壮观在于它的匀称;它的雄伟在于它的简练。它坚如磐石,因为它不是建立在流动的沙滩上,它将屹立在坚实的自然法世界和共和国纯洁的土壤上”。^②

在法国,民法典的作用非同一般,“因为法国一直缺乏一部稳定的宪法,民法典长期以来充当着法国基本法的角色”。^③

在时间上稍晚于《法国民法典》的《奥地利普通民法典》(1811年生

① [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(下册),张雁深译,商务印书馆1963年版,第298页。

② [美]艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社1992年版,第147页。

③ 张千帆:《宪法学导论:原理与应用》,法律出版社2004年版,第82页。法国历史上曾颁布施行多部宪法,即1791年第一共和国宪法;1848年第二共和国宪法;1946年第四共和国宪法;1958年第五共和国宪法,即现行宪法。1870年第三共和国没有颁布成文宪法。

效),受时代影响,在精神上也带有几分革命意味。该法典“以公民权利平等、私人法律关系不受国家监督及经济交往自由等启蒙思想为基本原则”。其第16条规定“每个人生来就因理性而获有天赋的权利,故得作为人而被看待”,其革命性在于法典的内容和精神“超越了当时具有晚期专制主义烙印的奥地利极权国家的社会现实”。^①

(二)德国的社会变革与《德国民法典》

法国大革命和作为革命产物的民法典搅动了近邻普鲁士和仍处于四分五裂、有待统一的德意志各邦。

奥古斯特·威廉·雷贝格(August Wilhelm Rehderg)教授在1814年出版了《论〈拿破仑法典〉及其在德国的引进》一书,反对引入“人人完全自由平等”之“哲学狂热”,认为在德国“依照理性法原则制定法典无异于在市民生活关系领域人为地发动一场革命”。^②这一著作被海德堡大学法学教授蒂博看到之后,出于对民法典的坚定信念,他首先撰写了一篇反对的评论文章,发表在《海德堡年鉴》上。但是,他觉得这一问题意义重大,还需要进一步系统阐述。于是,“作为自己祖国的一介热心竭诚之友”,^③在爱国热情的驱使下,蒂博奋笔疾书,14天内便写出了《论制定一部统一德国民法典的必要性》一文。在该文中,蒂博主张应依照《法国民法典》,在三四年时间内,经由举国一致的努力,为德国制定一部综合性的民法典。他认为,只有编纂统一的德意志民法典才能实现德意志法律的统一,并进而谋求德意志的政治统一和民族统一。^④

但是,蒂博等人的热情遭到了历史法学派代表人物萨维尼等人强有力的反对。萨维尼在其发表于1814年的著名纲领性论著《论立法与

① [德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版,第241页。

② 舒国滢:《德国1814年法典编纂论战与历史法学派的形成》,载《清华法学》2016年第1期。

③ [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第116页。

④ 参见沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社1998年版,第114~115页。

法学的当代使命》中,强烈地反驳了蒂博的观点。萨维尼认为,法典编纂是对法的历史特性及法的发展的任意、武断和“非有机”的干涉。虽然他并不否认法典编纂对于法律统一的作用,却认为法律统一必须以法的“有机地”趋同以及“有机地”渐进成长的法学为基础。这场关于制定统一民法典的论战最终以萨维尼和他所代表的历史法学派的胜利而告终。然而,历史法学派的兴起并不是延缓19世纪德意志民法法典编纂运动进程的唯一因素,更不是主要因素。使这一法典编纂运动速度放慢的,主要还是政治上的原因:当时的德国尚未实现国家的统一,而包括普鲁士在内的受到法国革命冲击的欧洲各国统治者则认为,法典编纂是对其统治合法性的一种威胁。^①

在《法国民法典》颁布后近一个世纪之久才颁布施行的《德国民法典》已经时过境迁,今非昔比,难怪拉德布鲁赫慨叹《德国民法典》“生不逢时”,虽然它仍然是“一部经典意义上的‘市民的’民法典,一部体现市民自由主义时代精神的民法典”。^② 这从另一个角度反衬了民法典对于一个国家的革命意义,即在《法国民法典》颁布之后的一个时期德意志一方面没有形成统一的民族国家,与此同时,也是有意在淡化民法典的革命性价值。

当然,较之《法国民法典》,《德国民法典》是一部保守的民法典。正如茨维格特所说:“一部民法典编纂的特点根本上是由它所赖以产生的特定历史条件决定的,许多法典有幸能把近期实现的社会关系全面变革的成果以固定的形式加以铸造,从而使它们能指望被其奉为思想准则的人类理想和社会模式在较长的历史时期内成为时代的尺度。相反,另外一些法典编纂则是在政治和社会关系相对稳定的时期完成。它们有节制地毋宁说是逆向地汲取着安稳悠闲的思想,并把自身局限

① Jan Peter Schmidt, “Kodifikation”, in Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt und Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, SS. 986–990.

② [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第65–66页。